

ZH_KASSATIONSGERICHT AA080146 vom 24. September 2009

Zh Kassationsgericht, 2009-09-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA080146

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080146 du 24 septembre 2009

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080146 del 24 settembre 2009

Erwägungen

E. 1

Anstelle von † W.B., geboren ..., gestorben ..., whft. gewesen ..., a) X. B., geboren ..., von ..., whft. ..., b) Y. C.-B., geboren ..., whft. ..., c) Z. B., geboren ..., whft. ...,

E. 1.1

Rechtsanwalt A. (Beklagter und Beschwerdeführer) war vom 1989 verstorbenen V. B. als Willensvollstrecker eingesetzt worden. V.B. hinterliess als gesetzliche Erben den Sohn U. aus erster Ehe, sowie die (zweite) Ehefrau W.B. und die Kinder aus zweiter Ehe X., Y. und Z., welche er alle auf den Pflichtteil setzte; für die verfügbare Quote setzte er andere Erben ein. Im Juli 1993 machten die Kläger (W. B., Y. C.-B. und Z. B.) eine Klage gegen den Willensvollstrecker anhängig, mit welcher sie dessen Verpflichtung zur Erstellung einer vollständigen Buchhaltung mit Jahresabschlüssen über den Nachlass des verstorbenen V. B. verlangten (Rechtsbegehren 1) sowie die Auszahlung verschiedener Beträge aus Erbteilung. Mit Teilurteil des Bezirksgerichts E. vom 21. Juli 1995 wurde der Beklagte in teilweiser Gutheissung von Rechtsbegehren 1 verpflichtet, eine geordnete, nachvollziehbare Buchhaltung über den Nachlass des verstorbenen V. B. vorzulegen (BG act. 50). Die vom Beklagten gegen dieses Teilurteil erhobene Berufung wurde vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 16. März 1998 abgewiesen und der Beklagte wurde verpflichtet, den Klägern innert 40 Tagen ab Erhalt des Teilurteils eine geordnete, nachvollziehbare Buchhaltung über den Nachlass von V. B. vorzulegen (OG LB950170, act. 106). Die vom Beklagten gegen dieses Urteil erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationsgericht mit Beschluss vom 18. November 1999 abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte (Kass.Nr. 98/180Z). Im Rubrum wurden anstelle der im März 1997 verstorbenen W. B. deren Kinder X. B. (Kläger 1a), Y. C.-B. (Klägerin 1b und Klägerin 2) sowie Z. B. (Kläger 1c und Kläger 3), alle vertreten durch Rechtsanwalt D., aufgeführt.

- 3 -

E. 1.2

Im Urteil vom 24. Juli 2001 ging das Bezirksgericht E. davon aus, der Beklagte habe keine geordnete, nachvollziehbare Buchhaltung über den Nachlass von V. B. eingereicht und verpflichtete den Beklagten, den Klägern 1a, 1b und 1c den Betrag von Fr. 54'199.10 zuzüglich Zinsen, der Klägerin 2 den Betrag von Fr. 4'237.50 zuzüglich Zinsen, und dem Kläger 3 Fr. 4'237.50 zuzüglich Zinsen zu bezahlen. Die vom Beklagten erhobene Berufung wurde vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 20. November 2003 abgewiesen und der Beklagte wurde verpflichtet, den Klägern 1a, 1b und 1c den Betrag von Fr. 54'199.80 zuzüglich Zinsen, der Klägerin 2 den Betrag von Fr. 4'237.50 nebst Zins und

dem Kläger 3 Fr. 4'237.50 nebst Zins zu bezahlen (OG LB010098 act. 127). Mit Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Juli 2004 wurde die vom Beklagten dagegen erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gutgeheissen, der Entscheid des Obergerichts aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese ihrerseits die Sache an das Bezirksgericht E. zur Weiterführung des erstinstanzlichen Verfahrens und insbesondere zur Gewährung des rechtlichen Gehörs des Beklagten zurückweise (Kass.Nr. AA040013).

E. 2

Y. C.-B., vorgeannt

E. 2.1

Entsprechend den Erwägungen des Beschlusses des Kassationsgerichts setzte das Bezirksgericht E. nach erfolgter Rückweisung durch das Obergericht dem Beklagten mit Beschluss vom 8. Dezember 2004 Frist an, um eine geordnete, aktualisierte und nachvollziehbare Teilungsrechnung samt Buchhaltung mitsamt allfälligen Erläuterungen über den Nachlass des am 29. März 1989 verstorbenen V. B. vorzulegen, unter der Androhung von Säumnisfolgen (Würdigung nach § 148 ZPO und Annahme von Beweisvereitelung, sowie Abstellen auf die Rechtsbegehren der Kläger; BG CG040028, Prot. S. 2 und act. 105). Zur Eingabe und den eingereichten Unterlagen des Beklagten vom 8. Februar 2005 nahmen die Kläger am 12. Mai 2005 Stellung (BG CG040028, act. 108 und 109/1-10 sowie act. 118). Das Bezirksgericht E. qualifizierte auch die neue Teilungsrechnung als nicht nachvollziehbar, nahm daher androhungsgemäss Beweisvereitelung durch den Beklagten an, und stellte auf die von den Klägern gestellten Rechtsbegehren (unter Berücksichtigung der geleisteten Teilzahlungen) ab. Auch bezüglich der Honorarrechnung des Willensvollstreckers nahm die erste Instanz Beweisvereitelung an, nachdem der Beklagte auch auf Aufforderung gemäss Beschluss vom 8. Dezember 2004 hin nur eine pauschal begründete Honorarrechnung vorgelegt habe. Mit Urteil vom 29. Juni 2006 verpflichtete das Bezirksgericht E. den Beklagten (wiederum) zur Bezahlung von Fr. 54'199.80 nebst Zins an die Kläger 1a, 1b und 1c, sowie zur Bezahlung von Fr. 4'237.50 nebst Zins an die Klägerin 2 und Fr. 4'237.50 nebst Zins an den Kläger 3 (BG CG040028, act. 120 = OG LB060095 act. 132, insbes. S. 16 f. und Disp.-Ziff. 1).

E. 2.2

Daraufhin erhob der Beklagte Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich und beantragte die Aufhebung des Urteils des Bezirksgerichtes E., sowie die Abweisung der Klage, eventualiter die Rückweisung der Klage an das Bezirksgericht (OG LB060095, act. 139). Die Kläger beantragten die Abweisung der Berufung; weiter stellten sie den Antrag, es sei festzustellen, dass das Beschleunigungsgebot gemäss § 53 ZPO und Art. 6 Ziff. 1 EMRK in krasser Weise verletzt sei und es sei ihnen zu Lasten der Staatskasse eine Genugtuung von je Fr. 15'000.--, insgesamt Fr. 45'000.-- zuzusprechen (OG LB060095 act. 143). Mit Beschluss vom 19. August 2008 nahm die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich davon Vormerk, dass das Urteil des Bezirksgerichtes E. vom 29. Juni 2006 bezüglich Disp.-Ziff. 1 Abs. 2 und Disp.-Ziff. 2 in Rechtskraft erwachsen sei und wies den Antrag der Kläger auf Zusprechung einer Genugtuung zu Lasten der Staatskasse in der Höhe von insgesamt Fr. 45'000.-- ab (OG LB060095 act. 159 = KG act. 2). Mit Urteil ebenfalls vom 19. August 2008 wurde der Beklagte verpflichtet, den Klägern 1a, 1b und 1c den Betrag von Fr. 54'199.80 nebst Zins, der Klägerin 2 den Betrag von Fr. 4'237.50 nebst

Zins sowie dem Klä- ger 3 den Betrag von Fr. 4'237.50 nebst Zins zu bezahlen. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv wurde bestätigt und die zweitinstanzlichen Gerichtsgebühren den Klägern zu 2/5 und dem Beklagten zu 3/5 auferlegt, unter Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung einer (reduzierten) Prozessentschädi- gung von Fr. 4'400.-- zuzüglich Mehrwertsteuern an die Kläger (KG act. 2, S. 38 f.).

E. 3

Mit Eingabe vom 22. September 2008 erhob der Beklagte und Beschwer- deführer (fortan: Beschwerdeführer) beim Kassationsgericht des Kantons Zürich

- 5 - kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte die Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2008, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner (KG act. 1). Der Beschwer- de wurde mit Präsidialverfügung vom 24. September 2008 antragsgemäss die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4). Die dem Beschwerdeführer im Sin- ne von § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 10'500.-- wurde innert Frist geleistet (KG act. 13). Mit Eingabe vom 29. Oktober 2008 führten die Kläger und Beschwerdegegner (nachfolgend: Beschwerdegegner) aus, es werde auf eine Stellungnahme zur materiellen Seite der Beschwerde verzichtet; nachfol- gend wurden Ausführungen zur vom Beschwerdeführer bestrittenen Aktivlegitima- tion des Klägers und Beschwerdegegners 1a gemacht (KG act. 14). Mit Eingabe vom 11. November 2008 (KG act. 18) reichte der Rechtsvertreter der Beschwer- degegner zur umstrittenen Aktivlegitimation des Beschwerdegegners 1a zudem ein Schreiben der Stadt F., Soziale Dienste, vom 11. November 2008 mit einer Erklärung X. B.s betreffend Erbabtretung vom 16. Januar 2002 (KG act. 19/1-2) ein. Beide Eingaben wurden dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zuge- stellt (KG act. 16 und 20). II. 1. Der Beschwerdeführer macht vorerst geltend, die Vorinstanz habe einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt, indem sie nicht geprüft habe, wer an Stelle der verstorbenen W. B. berechtigt gewesen sei, ob X. B. dem Prozess bei- getreten sei und ob dieser – nachdem gegen ihn ein Konkursverfahren eröffnet worden sei – prozessführungsbefugt gewesen sei. Zudem fehle es an einer Voll- macht X. B.s an Rechtsanwalt D. Es sei willkürlich und aktenwidrig, wenn fingiert werde, dass X. B. prozessführungsbefugte Prozesspartei sei und zudem RA D. bevollmächtigt habe; entsprechende Dokumente fehlten. Zudem verletze es kla- res materielles Recht, wenn wie vorliegend die Aktivlegitimation der Kläger nicht nachgewiesen sei und zuerst abklärt werden müsste, wer am Nachlass von W. B. berechtigt sei. Zudem ergebe sich aus den Akten LB010098 des Obergerichts,

- 6 - dass am 5. November 2002 über X. B. der Konkurs eröffnet worden sei, und dass dieser seinen "Erbanteil mit schriftlicher Erklärung vom 16. Januar 2002 an die Sozialen Dienste der Stadt F. abgetreten" habe (OG act. 125A Seite 2). Das Kon- kursverfahren sei am 16. April 2003 mangels Aktiven wieder eingestellt worden (OG act. 126). Damit stehe fest, dass X. B. wegen der erwähnten Abtretung des Erbanteils nicht zur Sache legitimiert gewesen sei und zudem habe es an den Prozessvoraussetzungen gefehlt. Diese seien von Amtes wegen zu prüfen (KG act. 1, S. 3 ff.). 2. a) Der Beschwerdeführer vermischt mit seinen Beanstandungen ver- schiedene Dinge: die eine Frage ist, ob der Beschwerdegegner 1a, X. B., zur Sa- che legitimiert gewesen ist (Aktivlegitimation); andererseits wirft der Beschwerde- führer die Frage auf, ob in Bezug auf den Beschwerdegegner 1a die Prozessvor- aussetzungen gegeben gewesen seien, insbesondere, ob er prozessführungsbe-

fugt gewesen sei, und ob er durch einen bevollmächtigten Vertreter vertreten gewesen sei. Wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt, ist von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind. Die Aktivlegitimation gehört jedoch zum Prozessgegenstand und ist von den Parteien zu behaupten bzw. zu bestreiten. Sie wird zudem in dem Bundesrecht unterliegenden Verhältnissen wie vorliegend ebenfalls vom Bundesrecht bestimmt. Deren Beanstandung ist daher im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht zulässig, wenn wie im vorliegenden Fall die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erreicht ist (§ 285 ZPO; Streitwert bei Fr. 62'674.80). Damit kann auf die Rüge, die Vorinstanz habe die Aktivlegitimation der Kläger und Beschwerdegegner nicht geprüft und insbesondere nach dem Ableben der früheren Klägerin 1 (W. B.) keine Erbenermittlung vorgenommen, nicht weiter eingegangen werden. Zu prüfen sind somit in casu nur Beanstandungen des Beschwerdeführers, welche sich auf die Prozessvoraussetzungen beziehen. b) Der Beschwerdeführer beanstandet diesbezüglich, es fehle eine Erklärung des Beschwerdegegners 1a (X. B.), dass dieser dem Prozess beigetreten sei und es fehle an einer Vollmacht von X. B. für den Rechtsanwalt der Beschwerdegegner (KG act. 1, S. 3 f.). Bereits im kassationsgerichtlichen Verfahren

- 7 - 98/180Z in Sachen der Parteien wurde jedoch ausgeführt, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdegegner den Todesschein von Frau W. B. (gestorben am 22. März 1997), sowie eine Eintrittserklärung von deren Kindern Y. C.-B., Z. B. und X. B. vom 9. April 1997 in den hängigen Prozess gegen den Beschwerdeführer eingereicht habe (damals KG 98/180Z act. 12/1 und 12/2, heute vom Rechtsvertreter der Beschwerdegegner erneut eingereicht als KG act. 15/2 und 15/3). Zudem wurde bereits im damaligen Beschluss des Kassationsgerichts vom 18. November 1999 festgehalten, dass beim Tod einer Partei die Erben ipso iure – d.h. also ohne explizite Beitrittserklärung – in den Prozess eintreten und damit die prozessuale Rechtsnachfolge im Sinne eines zwingenden Parteiwechsels gemäss § 49 Abs. 2 ZPO übernehmen. Weiter war bereits im erwähnten Beschluss ausgeführt worden, dass die Erblasserin W. B. ihrem Rechtsvertreter RA D. eine Vollmacht ausgestellt hatte, welche mit dem Tod nicht erlosch (BG CG090101 act. 3/3), und welche von keinem der Beschwerdegegner 1a bis 1c widerrufen worden war. Die heutigen diesbezüglichen Beanstandungen des Beschwerdeführers erscheinen damit als wider besseres Wissen erhoben und sind als geradezu trölerisch zu bezeichnen. c) Schliesslich bestreitet der Beschwerdeführer die Prozessführungsbefugnis von X. B. auch, weil dieser im Laufe des Verfahrens in Konkurs gefallen sei und während der Dauer des Konkursverfahrens nur die Konkursmasse zur Prozessführung befugt gewesen sei. Es sei nicht bekannt, ob ein allfälliger Anspruch von X. B. gegenüber dem Beschwerdeführer oder gegenüber dem mütterlichen Nachlass inventarisiert und allenfalls versteigert oder abgetreten worden sei (KG act. 1, S. 3 f.). Er verweist auf seine weiteren Ausführungen, wonach aus act. 125A hervorgehe, dass mit Verfügung des Konkursrichters des Bezirkes F. am

E. 3.1

a) Der Beschwerdeführer beanstandet weiter, die Vorinstanzen seien bezüglich der Frage der Rechenschaftsablegung willkürlich und in Verletzung von wesentlichen Verfahrensgrundsätzen von einer Beweisvereitelung ausgegangen. Er führt dazu aus, es sei eine Frage des materiellen Bundesrechts, ob die Rechenschaftsablegung genüge oder nicht, was nicht im kantonalen Beschwerdeverfahren überprüft werden könne. Zu prüfen seien aber die Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes und die

Willkürüge. Die Vorinstanz sei sinngemäss wie das Bezirksgericht E. von einer Beweisvereitelung ausgegangen, indem es davon ausgehe, dass die Beschwerdegegner "infolge Fehlens einer tauglichen Teilungsrechnung gar nicht in der Lage seien, ihre Ansprüche im Prozess genau nachzuweisen". Im Grund genommen bemängle die Vorinstanz jedoch das "intensive und aufwändige Studium" der Akten; es würden Detailmängel erhoben, ohne je geltend zu machen, dass Geschäftsvorfälle nicht verbucht worden seien. Damit sei es willkürlich, die Teilungsrechnung als "nicht tauglich" zu qualifizieren. Die Annahme der Beweisvereitelung sei willkürlich und angesichts der produzierten Akten auch aktenwidrig. Zudem werde ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz verletzt, da die Vorinstanz sämtliche Produktionen des Beschwerdeführers zu den Akten zu prüfen und zu würdigen habe. Auch werde der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt. Schliesslich sei zu rügen, dass bisher im ganzen Verfahren kein förmlicher Beweisauftragsbeschluss erlassen worden und der wiederholt als Zeuge und Fachexperte angerufenen G. nie angehört worden sei. Auch jetzt bei der Rückweisung sei das Gericht [vom Beschwerdeführer; Anmerk. des Kassationsgerichts] aufgefordert worden, bei allfälligen Verständigungsproblemen und zur Beantwortung von Fragen die Parteien und die Buchhalter vorzuladen (KG act. 1, S. 6 - 8).

- 10 - b) Was der Beschwerdeführer geltend macht, ist nicht eigentlich eine willkürliche Beweiswürdigung oder eine willkürliche tatsächliche Annahme durch die Vorinstanz, sondern eine willkürliche Rechtsanwendung, indem die Vorinstanz zu Unrecht bzw. willkürlich von der Untauglichkeit der Teilungsrechnung ausgehe. Wie der Beschwerdeführer zuvor zu Recht ausgeführt hat, beurteilt sich diese Frage jedoch nach Bundesrecht und kann im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht angefochten werden. Bereits die Vorinstanz hat in ihren Erwägungen darauf hingewiesen, dass sich das Mass der Substanziierung aus dem materiellen Bundesrecht ergibt (KG act. 2, Erw. 2.1.b, S. 15). Eine Beweiswürdigung wurde noch gar nicht vorgenommen. Vielmehr hat die Vorinstanz erwogen, sie habe schon im Urteil vom 20. November 2003 ausgeführt, das Verhalten des Beschwerdeführers, namentlich dass er seiner Behauptungslast bezüglich der Teilungsrechnung nicht genügt habe, sei vom Gericht gemäss § 148 ZPO zu würdigen. Dem Beschwerdeführer seien mehrfach seine Pflichten aufgezeigt und ihm sei Gelegenheit eingeräumt worden, eine nachvollziehbare Teilungsrechnung respektive Buchhaltung vorzulegen. Da die eingereichten Unterlagen den Anforderungen nicht genügen würden, habe der Beschwerdeführer nicht ausreichend behauptet, aus welchem Grund er berechtigt sei, die von den Beschwerdegegnern verlangten Beträge zurück zu behalten. Ein Beweisverfahren hierzu könne und müsse somit unterbleiben (KG act. 2, S. 22 unten). Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe zu Unrecht Beweisvereitelung angenommen, basiert einzig auf der Beanstandung, die Vorinstanz sei zu Unrecht und in Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit von einer untauglichen Teilungsrechnung ausgegangen. Soweit der Beschwerdeführer sodann geltend macht, die Vorinstanz verletze einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz, da sie sämtliche Produktionen des Beschwerdeführers zu den Akten zu prüfen und zu würdigen habe, wird nicht klar, auf welche Erwägung der Vorinstanz er sich bezieht. Auch führt er nicht konkret aus, welche seiner "Aktenproduktionen" die Vorinstanz nicht beachtet haben soll. Zudem befasst er sich in keiner Weise mit den Erwägungen der Vorinstanz, wonach die von ihm im Berufungsverfahren erstmals gemachten Erklärungen (zu einer 4,5%-Obligation der H.) und die neu eingereichten ergänzten Tabellen (OG act. 140/1-4) zu den vom Bezirksgericht aufgezeigten Mängeln (unter Hinweis auf

- 11 - § 267 aZPO) verspätet seien. Auch auf diese Beanstandung ist daher – soweit darauf unter dem Aspekt von § 285 ZPO überhaupt eingetreten werden könnte – nicht weiter einzugehen.

E. 3.2

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer hier erneut, dass im bisherigen Verfahren nie ein förmlicher Beweisaufgabebeschluss erlassen und der von ihm offerierte Zeuge G. nie angehört worden sei (KG act. 1, S. 8). a) Bei der Rüge, es sei kein Beweisverfahren durchgeführt worden bzw. es seien offerierte Beweismittel nicht abgenommen worden, ist zu unterscheiden, ob damit eine Verletzung von Art. 8 ZGB und somit die Verletzung von Bundesrecht beanstandet wird, oder ob es sich um eine Verletzung kantonaler Prozessvorschriften handelt. Art. 8 ZGB regelt für das Bundeszivilrecht einerseits die Beweislastverteilung und gibt andererseits der beweisbelasteten Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden. Art. 8 ZGB ist daher insbesondere dann verletzt, wenn der kantonale Richter unbewiesene Parteibehauptungen unbekümmert darum, dass sie von der Gegenseite bestritten worden sind, als richtig hinnimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt (vgl. dazu auch ZR 106 Nr. 32, Erw. 2.3.b). Die Substanziierungslast besagt, dass diejenige Partei, die Rechte geltend macht, die relevanten Tatsachen so umfassend (detailliert, "substanziert") und klar darlegen bzw. behaupten muss, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (vgl. Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001, Rz 455; Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches; BGE 108 II 338 ff., insbes. 341). Nach § 133 ZPO wird (unter anderem) Beweis erhoben über erhebliche streitige Tatsachen. Das damit angesprochene, durch die genannte Vorschrift gewährte und bei Ansprüchen des Bundesprivatrechts bereits aus Art. 8 ZGB folgende Recht auf Beweisführung (vgl. BGE 126 III 317; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 1 vor

- 12 - §§ 133 ff. ZPO; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 104; Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 221 m.w.Hinw.) stellt einen Ausfluss des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (§ 56 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV) dar. Es gibt der beweisbelasteten Partei einen Anspruch auf Abnahme form- und fristgerecht anbotener Beweise zu rechtlich erheblichen strittigen Behauptungen (vorab tatsächlicher Natur). Aus der Vorschrift von § 134 ZPO, wonach die Beweiserhebung (auch dann, wenn sie in Anwendung von § 142 Abs. 2 ZPO ausnahmsweise von Amtes wegen erfolgt) in der Regel nach Abschluss des Hauptverfahrens durchgeführt wird, erhellt ferner, dass – was das kantonale Prozessrecht vorsehen kann (vgl. BGE 108 II 341 f.) – nur im Hauptverfahren behauptete, d.h. genügend substanziiert aufgestellte Tatsachenbehauptungen Gegenstand des Beweisverfahrens sein können. Letzteres darf mithin nicht dazu dienen, eine im Rahmen der Parteivorträge ungenügend gebliebene Sachdarstellung nachträglich zu vervollständigen, sondern dessen Durchführung setzt gegenteils genügend konkrete, zum Beweis verstellbare tatsächliche Behauptungen des Beweisführers voraus (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 113 ZPO und N 8 zu § 133 ZPO m.w.Hinw.; Lieber, a.a.O., S. 225 mit Anm. 22; Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, S. 14, 197 ff.).

Dabei richtet sich wie bereits erwähnt das Ausmass der erforderlichen Substanziierung der betreffenden Behauptungen bei Rechtsverhältnissen, die dem Bundesprivatrecht unterstehen – um ein solches dreht sich der vorliegende Rechtsstreit –, ausschliesslich nach materiellem Bundeszivilrecht (Art. 8 ZGB); dies unabhängig davon, ob es um die Subsumtion des Sachverhalts unter die betreffende Norm des materiellen Rechts oder um die Schaffung der Voraussetzungen für die beweismässige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts geht (ZR 102 Nr. 8; RB 1988 Nr. 44; s.a. BGE 127 III 368; 123 III 188; 108 II 338 ff.; 98 II 117; ZR 93 Nr. 19, Erw. 5/a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 113 ZPO, N 13d zu § 285 ZPO und N 6 zu § 54 ZPO; Brönnimann, a.a.O. [Behauptungs- und Substanziierungslast], S. 226 und 227).

- 13 - b) Aus den Erwägungen der Vorinstanz geht sodann klar hervor, dass kein Beweisverfahren durchgeführt wurde, weil die vom Beschwerdeführer als Willensvollstrecker erstattete Teilungsrechnung als ungenügend angesehen wurde und der Beschwerdeführer somit nicht ausreichend behauptet habe, aus welchem Grund er berechtigt sei, die von den Beschwerdegegnern verlangten Beträge zurück zu behalten. Es habe dem Beschwerdeführer obliegen, im Einzelnen darzutun, welche Leistungen und in welchem Umfang er erbracht habe, und erst danach hätte ein Beweisverfahren durchgeführt und allfällige Aufzeichnungen hätten dann als Indiz oder allenfalls als Beweis für die Richtigkeit gewertet werden können (KG act. 2, S. 16 und S. 22). Ein Beweisverfahren unterblieb somit, weil die Vorinstanz von der mangelnden Substanziierung der Behauptungen des Beschwerdeführers ausging. Diesbezüglich kann nur die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden, was nur vom Bundesgericht überprüft werden kann. Im kantonalen Beschwerdeverfahren kann auf die Beanstandung nicht eingetreten werden. Dies gilt auch, soweit der Beschwerdeführer mit seiner Rüge sinngemäss die Verletzung seines Anspruches auf das rechtliche Gehör geltend machen wollte. c) Schliesslich ist mit den Vorinstanzen aber auch auf die Erwägungen des Kassationsgerichts im Beschluss AA040013 vom 21. Juli 2004 hinzuweisen: bereits damals wurde der Beschwerdeführer klar und unmissverständlich darauf hingewiesen, dass nach Ablauf der (von der ersten Instanz anzusetzenden) Frist zur Einreichung einer geordneten, nachvollziehbaren Buchhaltung über den Nachlass von V. B. (im Sinne des Teilurteils vom 16. März 1998) nicht nochmals Gelegenheit zur Erklärung und weiteren Ergänzung der Buchhaltung zu geben wäre, und dass auch nicht die Beschwerdegegner "zur Mitwirkung aufzufordern" wären (indem sich diese die Buchhaltung erläutern liessen) (vgl. dazu OG LB040066 act. 133 = KG AA040013 act. 12). Seine offenbar im weiteren Verfahren vor Vorinstanzen angebotenen weiteren Erklärungen und Aufforderungen, es seien "die Parteien und die Buchhalter vorzuladen, damit allfällige Verständigungsprobleme ausgeräumt und Fragen beantwortet werden können" (KG act. 1, S. 8) und die dazu heute vorgebrachten Rügen erscheinen damit geradezu trölerisch und darauf ist nicht weiter einzugehen.

- 14 - 4.1 a) Sodann beanstandet der Beschwerdeführer die Erwägungen der Vorinstanz zum Willensvollstreckerhonorar. Er macht geltend, er sei seiner Behauptungslast bezüglich Darstellung der Zusammensetzung des Willensvollstreckerhonorars mit Eingabe an das Bezirksgericht vom 8. Februar 2005 (act. 108/109) nachgekommen; auch in seiner Eingabe an das Obergericht vom 14. Februar 2002 (act. 107) habe er über die Zusammensetzung der Rechnung informiert. Zudem habe er in der Eingabe vom 8. Februar 2005 erwähnt, dass er im Bestreitungsfall seine handschriftlichen Notizen über

den Zeitaufwand nachreichen werde. Die Beschwerdegegner hätten in der Folge das Honorar wider besseres Wissen vollumfänglich bestritten. In diesem Zusammenhang sei erneut darauf hinzuweisen, dass im gesamten Verfahren bisher kein Beweisaufgabebeschluss erlassen worden sei, woraufhin er seine Beweismittel (Rechtsvertreter der eingesetzten Erben als Zeugen, Edierung sämtlicher Akten und Zeitaufwandtabellen, Edition der Leistungsblätter von RA D.) hätte anrufen können. Indem ihm dies verwehrt worden und kein ordentliches Beweisverfahren durchgeführt worden sei, habe die Vorinstanz einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt. Zudem habe die Vorinstanz willkürlich seine ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel beschränkt, indem sie davon ausgegangen sei, er müsse seine Forderung einzig auf Grund der Zeitaufwandtabellen belegen. Es sei die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes und Willkür zu rügen, weil ihm – obwohl er seiner Behauptungspflicht nachgekommen sei – keine Gelegenheit zur Nennung aller Beweismittel gegeben worden sei. Zudem sei es willkürlich anzunehmen, eine Schätzung des angemessenen Honorars verbiete sich mangels Substanziierung und weil alle Bemühungen bestritten worden seien (KG act. 1, S. 8 - 10). b) Die Vorinstanz führt in ihrem Entscheid aus, der Anspruch des Willensvollstreckers auf angemessene Vergütung für seine Tätigkeit bestehe von Bundesrechts wegen und werde auch dem Umfang nach vom Bundesrecht definiert. Nach den vom Bundesgericht entwickelten Kriterien bemesse sich die Vergütung nach dem notwendigen Zeitaufwand, der Kompliziertheit der Verhältnisse, dem Umfang und der Dauer des Auftrages sowie der mit der Aufgabe verbundenen Verantwortung (u.a. Höhe der Nachlassaktiven). Weiter macht die Vorinstanz unter Hinweis auf ihren Entscheid ZR 100 Nr. 27 Ausführungen zu den Anforderun-

- 15 - gen an die Substanziierung des Willensvollstreckerhonorars und erwägt, der Beschwerdeführer hätte nach der beschwerdegegnerischen Bestreitung seines geltend gemachten Aufwandes bereits vor erster Instanz detailliert Behauptungen aufstellen müssen, was für Verrichtungen er wann, wofür und wie lange als Willensvollstrecker vorgenommen habe. Die Beweisofferte, die handschriftlichen Aufzeichnungen über seine Bemühungen einzureichen, könne die notwendige Substanziierung nicht ersetzen, worauf der Beschwerdeführer mehrfach hingewiesen worden sei. Die ungenügende Substanziierung habe im vorliegenden Fall dazu geführt, dass die Beschwerdegegner die Honorarforderung nicht im Detail hätten bestreiten können und ihre Klage auf Grund der bekannten Parameter hätten beziffern müssen; die Folgen der Säumnis des Beschwerdeführers hinsichtlich der Substanziierung seiner Honorarforderung habe der Beschwerdeführer zu tragen und eine Schätzung des angemessenen Honorars durch das Gericht verbiete sich deshalb, insbesondere da auch die Notwendigkeit der Bemühungen bestritten worden sei (KG act. 2, S. 23 - 26). c) Wie bereits zuvor ausgeführt wurde (oben Erw. 3.2.a a.E.), richtet sich das Ausmass der erforderlichen Substanziierung der betreffenden Behauptungen bei Rechtsverhältnissen, die wie hier dem Bundesprivatrecht unterstehen, ausschliesslich nach materiellem Bundeszivilrecht (Art. 8 ZGB); dies unabhängig davon, ob es um die Subsumtion des Sachverhalts unter die betreffende Norm des materiellen Rechts oder um die Schaffung der Voraussetzungen für die beweismässige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts geht. Soweit der Beschwerdeführer mit seinen Hinweisen auf die von ihm gemachten Ausführungen in den vorinstanzlich eingereichten Rechtsschriften geltend machen wollte, er habe seinen Anspruch auf das Willensvollstreckerhonorar entgegen den Erwägungen der Vorinstanz genügend substantiiert, kann darauf im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden.

Diese Beanstandung hätte er mit zivilrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht zu erheben (§ 285 ZPO). Der Beschwerdeführer führt weiter aus, er habe bereits in seiner Eingabe an das Bezirksgericht E. vom 8. Februar 2005 erwähnt, dass im Bestreitungsfall seine handschriftlichen Notizen über den Zeitaufwand nachgereicht würden (KG act.

- 16 - 1, S. 9). Die Vorinstanz hat diesbezüglich zu Recht darauf hingewiesen, dass die Beweisofferte zur Nachreichung der handschriftlichen Notizen über seine Bemühungen die fehlende Substanziierung nicht zu ersetzen vermöge (KG act. 2, S. 25). Gemäss § 113 ZPO haben die Parteien ihre Behauptungen bestimmt und vollständig im Hauptverfahren aufzustellen und eine Ergänzung der Substanziierung im Beweisverfahren ist nicht zulässig (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7 zu § 113 ZPO). Eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes liegt nicht vor. Schliesslich geht auch die Rüge des Beschwerdeführers, es sei in Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes kein formelles Beweisverfahren durchgeführt worden und die Vorinstanz beschränke willkürlich die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel, da sie die Substanziierung der Forderung nur mittels Zeitaufwandtabelle verlange, an den Erwägungen der Vorinstanz vorbei. Der Beschwerdeführer verkennt, dass bei mangelnder Substanziierung eines Anspruchs gar kein Beweisverfahren durchgeführt wird bzw. werden kann. Eine Partei kann sich nicht mit einer allgemeinen Begründung begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben, denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Ungenügende Sachdarstellung kann nicht durch Begehren auf Aktenvorlegung ersetzt werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 113 ZPO m.w.H.). Die Vorinstanz konnte somit keinen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzen, indem sie kein Beweisverfahren durchgeführt hat. Ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, der Anspruch auf das Willensvollstreckerhonorar sei vom Beschwerdeführer mangelhaft substantiiert worden, beurteilt sich wie erwähnt nach Bundesrecht und kann im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht überprüft werden. 4.2 Im Zusammenhang mit dem Willensvollstreckerhonorar macht der Beschwerdeführer sodann auch die Verletzung von klarem materiellem Recht geltend. Gemäss Art. 517 Abs. 3 ZGB habe der Willensvollstrecker Anspruch auf eine "angemessene Entschädigung". Ein Honorar sei also auch bei nichtgehöriger Erfüllung geschuldet. Vorliegend sei die Arbeit des Willensvollstreckers von den

- 17 - Rechtsvertretern der eingesetzten Erbinnen vollständig gutgeheissen worden und auch die Beschwerdegegner hätten von sämtlichen Arbeiten des Willensvollstreckers profitiert. Die Vorinstanz treffe sodann willkürlich und in Verletzung von klarem materiellem Recht (Art. 402 Abs.1 OR i.V.m. Art. 517 Abs. 1 ZGB) die Feststellung, dass das Honorar des Buchhalters von Fr. 5'900.-- gemäss Rechnung vom 21. Juli 1993 nicht dem Nachlass belastet werden dürfe, weil sie "als ungenügend erachtet" worden sei. Der Beauftragte habe alle Geschäftsvorfälle erfasst und richtig verbucht; Streitthema sei hauptsächlich die Art und Weise der Belegablage und die Transparenz für Laien gewesen (KG act. 1, S. 10 f.). Wie bereits mehrfach ausgeführt, kann gegen den angefochtenen Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich wegen der Verletzung von Bundesrecht zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht geführt werden. Diesbezüglich ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig (§ 285 ZPO). Dies gilt auch, soweit der Beschwerdeführer vorliegend "Willkür" geltend macht, geht es doch immer um angeblich willkürliche Rechtsanwendung, nicht jedoch um willkürliche tatsächliche Annahmen. Auf

die Beschwerde kann diesbezüglich nicht eingetreten werden.

E. 5

November 2002 über X. B. der Konkurs eröffnet worden sei, und aus einem Anhang sei ersichtlich, dass X. B. seinen Erbanteil am mütterlichen Nachlass am 16. Januar 2002 an die Sozialen Dienste der Stadt F. abgetreten habe. Aus dem Beschluss des Obergerichts vom 31. März 2003 (act. 125) ergebe sich, dass dem Konkursamt F. die Akten zugestellt worden seien und das Konkursamt dem Obergericht mit Schreiben vom 19. Mai 2003 mitgeteilt habe, dass das Konkurs-

- 8 - verfahren mit Verfügung vom 16. April 2003 mangels Aktiven wieder eingestellt worden sei (act. 126) (KG act. 1, S. 4 f.). Auch die Beanstandung des Beschwerdeführers, dass X. B. wegen der Konkurseröffnung die Prozessführungsbefugnis fehle, erscheint nicht nachvollziehbar. Wie der Beschwerdeführer selber ausführt, ist das Konkursverfahren gegen den Beschwerdegegner 1a mangels Aktiven längst wieder eingestellt worden. Das damalige Berufungsverfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich war mit Beschluss der I. Zivilkammer vom 31. März 2003 sistiert worden (OG LB010098 act. 125) und wurde erst nach Mitteilung durch das Konkursamt F. vom 19. Mai 2003 (OG LB010098 act. 126), wonach der Konkurs mangels Aktiven wieder eingestellt worden und die Frist zur Übernahme der ungedeckten Verfahrenskosten abgelaufen sei, wieder aufgenommen (OG LB010098 act. 127 S. 15). Zu jenem Zeitpunkt war der Beschwerdegegner 1a somit nach der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven hinsichtlich seiner allfälligen Vermögenswerte grundsätzlich wieder verfügungs- und prozessführungsberechtigt. d) Eine andere Frage stellt allerdings die vom Beschwerdeführer (neu) geltend gemachte Zession des Erbanteils am mütterlichen Erbe durch den Beschwerdegegner 1a an die Sozialen Dienste der Stadt F. vom 16. Januar 2002 dar. Diesbezüglich macht der Beschwerdeführer geltend, aus einem Anhang zum Schreiben des Konkursamtes F. vom 12. März 2003, mit welchem die Vorinstanz über die Konkurseröffnung informiert worden sei, ergebe sich, dass X. B. seinen Erbanteil mit Datum vom 16. Januar 2002 an die Sozialen Dienste der Stadt F. abgetreten habe. Damit stehe fest, dass X. B. nicht zur Sache legitimiert gewesen sei (KG act. 1, S. 5). Mit diesen Ausführungen macht der Beschwerdeführer wiederum die fehlende Aktivlegitimation des Beschwerdegegners 1a geltend. Wie bereits ausgeführt wurde (oben Erw. 2a), beantwortet sich die Frage nach der Aktiv- bzw. Sachlegitimation vorliegend nach Bundesrecht und deren Verletzung kann somit mit Beschwerde in Zivilsachen beim Schweizerischen Bundesgericht geltend gemacht werden. Im kantonalen Beschwerdeverfahren kann auf entsprechende Rügen nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO). Zudem handelt es sich bei der Sachlegiti-

- 9 - mation nicht um eine Prozessvoraussetzung, welche von Amtes wegen zu klären wäre, sondern die Parteien haben die entsprechenden Tatsachen dem Gericht rechtzeitig vorzubringen. Neue Tatsachenbehauptungen sind im Beschwerdeverfahren jedenfalls nicht mehr zulässig (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 17).

E. 5.1

Im Zusammenhang mit den Ausführungen der Vorinstanz zu den Verzugszinsen rügt der Beschwerdeführer unter Verweis auf seine Ausführungen in der Berufungsbegründung vom 11. Dezember 2006 (OG act. 139 S. 13), die Vorinstanz sei willkürlich davon ausgegangen, "dass im Zeitpunkt der erfolgten Mahnung vom 24.12.1992 die

Schlussabrechnung oder zumindest ein konkreter Abrechnungs-Vorschlag des Willensvollstreckers möglich gewesen wäre, so dass auch deshalb von der dannzumaligen Fälligkeit der noch offenen klägerischen Ansprüche aus dem Nachlass von V. B. auszugehen" sei. Dazu sei auf seine Ausführungen in der Berufungsbegründung vom 11. Dezember 2006 zu verweisen. Er habe ständig Abschlagszahlungen vorgenommen, soweit dies verlangt worden und vertretbar gewesen sei. Wann welche Abschlagszahlungen vorgenommen würden und wann der Nachlass gänzlich verteilt werden könne, liege im pflicht- gemässen Ermessen des Willensvollstreckers und entziehe sich aufsichtsbehördlicher Kognition. Er habe sodann mehrfach dargelegt, weshalb er bis und mit 27.

- 18 - April 1993 für den Nachlass habe tätig sein müssen (Übertragung "I." pendent, Abrechnung mit der Firma J. AG betr. Nachlass V. B. jun. hängig, Verfahren mit der Steuerverwaltung Kanton K. usw., später Ungewissheit wegen Strafanzeige des Garagenmieters L. und dessen Forderung gegenüber dem Nachlass, was zum bekannten, nie beanstandeten Rückbehalt geführt habe). Demnach sei es willkürlich, wenn die Vorinstanz behaupte, der Beschwerdeführer sei ab 24. Dezember 1992 in Verzug. Zudem sei es willkürlich, auch bezüglich des nie beanstandeten Rückbehaltes von Fr. 21'397.10 den Verzug ab dem 24. Dezember 1992 anzunehmen (KG act. 1, S. 11 f.).

E. 5.2

Die Vorinstanz verwies vorerst auf das Urteil der Kammer vom 20. November 2003, in welchem bereits bestätigt worden sei, dass vorliegend mangels spezieller Gesetzesbestimmungen die allgemeinen Regeln über den Schuldner- verzug zur Anwendung gelangten. Sie verwies gemäss § 161 GVG auf die dortige Begründung und jene des Bezirksgerichts E. im Urteil vom 29. Juni 2006 (BG act. 87 = Akten OG LB010098 act. 127, S. 22 f. und OG LB060095 act. 132 S. 17 f.). Die Vorinstanzen legten an angegebener Stelle dar, dass (entgegen dem Antrag der Beschwerdegegner) keine rechtliche Grundlage für einen Zinsenlauf ab Todestag bestehe, zumal der Willensvollstrecker sicher nicht mit dem Todestag in Verzug gerate, sondern nach den allgemeinen Regeln erst, wenn die Erben den Willensvollstrecker in Verzug setzten (Art. 102 Abs. 1 OR), wobei spätestens das bei den Akten liegende Schreiben des beschwerdegegnerischen Rechtsvertreters vom 24. Dezember 1992 (BG act. 3/4/4) eine Mahnung darstelle. Weitere Voraussetzung für den Verzug sei die Fälligkeit der Forderung: ergebe sich der Termin einer Forderung weder aus Vertrag noch aus der Natur des Rechtsverhältnisses, könne die Leistung sogleich erbracht oder gefordert werden. Allerdings sei einzu- räumen, dass die Tätigkeit des Willensvollstreckers eine gewisse Zeitdauer beanspruche und es liege in der Natur des Rechtsverhältnisses, dass die Fälligkeit nicht sofort mit dem Todestag eintrete. Vorliegend sei jedoch seit dem Todestag bis zum erwähnten Mahnschreiben eine Zeitspanne von 3 ¾ Jahren vergangen und es sei weder aus den Akten ersichtlich, noch werde dies vom Beschwerdeführer substantiiert behauptet, dass diese lange Zeitdauer nicht ausgereicht hätte, um den Nachlass abzuwickeln und die Erbteile herauszugeben (OG LB06095

- 19 - act. 132, S. 17 f.). Im angefochtenen Urteil vom 19. August 2008 erwog die Vorinstanz sodann, zudem erscheine auf Grund der geringen Kontenbewegungen im Jahr 1993 auch plausibel, dass im Zeitpunkt der erfolgten Mahnung vom 24.12.1992 die Schlussabrechnung oder zumindest ein konkreter Abrechnungs- Vorschlag des Willensvollstreckers möglich gewesen wäre, so dass auch deshalb von der Fälligkeit der offenen Ansprüche der Beschwerdegegner aus dem Nachlass von V. B. auszugehen sei.

Bezüglich Rückbehalt führte die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer habe es unterlassen, genauer darzutun, bis wann über die vom Garagenmieter in M. geltend gemachte Forderung von Fr. 20'000.-- Ungewissheit geherrscht habe, weshalb für den auf die Rückbehaltforderung entfallenden Teil kein separater Zinsenlauf und Zinssatz festgesetzt werden könne (KG act. 2, S. 29).

E. 5.3

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz sei willkürlich davon ausgegangen, es sei plausibel, dass im Zeitpunkt der Mahnung vom 24.12.1992 die Schlussabrechnung oder ein konkreter Abrechnungs-Vorschlag möglich gewesen wäre (KG act. 1, S. 11). Zur Begründung verweist er vorweg auf seine Ausführungen in der Berufungsbegründung. Dies genügt jedoch den Anforderungen an die Begründung einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht. Gemäss § 288 Ziff. 3 ZPO hat die schriftliche Beschwerde die Begründung der Anträge unter Nachweis der Nichtigkeitsgründe zu enthalten. Der blosser Verweis auf frühere Vorbringen genügt dazu nicht (vgl. dazu auch von Rechenberg, a.a.O., S. 18). Soweit der Beschwerdeführer sodann ausführt, er habe Abschlagszahlungen gemacht, soweit dies verlangt worden und vertretbar gewesen sei und den Zeitpunkt von Abschlagszahlungen bestimme allein der Willensvollstrecker (KG act. 1, S. 11/12), beanstandet er, dass die Vorinstanz von der Fälligkeit der (Rest-)Forderung ausgegangen war. Damit macht er die Verletzung von materiellem Bundesrecht geltend. Dasselbe gilt für die Rüge, er habe bereits zuvor dargelegt, dass die Beschwerdegegner hätten behaupten und substantzieren müssen, warum und mit welcher Handlung der Willensvollstrecker in Verzug sein solle, damit Verzugsfolgen eintreten könnten. Auf diese Beanstandungen kann daher vorliegend nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO).

- 20 - Soweit der Beschwerdeführer ausführt, er habe wiederholt dargelegt, dass er bis und mit 27. April 1993 für den Nachlass habe tätig sein müssen und dazu auf verschiedene Geschäfte (z.B. "Übertragung I. pendent") verweist (KG act. 1, S. 12), führt er nicht aus, wo er diese Angaben vor Vorinstanzen machte. Auch wird aus den Hinweisen auf verschiedene Geschäfte nicht klar, dass und inwiefern diese nicht am 24. Dezember 1992, jedoch am 27. April 1993 abgeschlossen gewesen wären. Es ist aber nicht Aufgabe der Kassationsinstanz, in den (umfangreichen) Akten der Vorinstanzen nach den geltend gemachten Nichtigkeitsgründen oder den Belegstellen zu suchen. Schliesslich wäre auch diesbezüglich materielles Bundesrecht tangiert, soweit der Beschwerdeführer geltend machen wollte, auf Grund dieser [allerdings unvollständigen] Darlegungen sei die Vorinstanz zu Unrecht von der Fälligkeit der Forderung der Beschwerdegegner zum Zeitpunkt der Mahnung vom 24. Dezember 1992 ausgegangen. Bezüglich dem allfälligen separaten Zinsenlauf und Zinssatz für die Rückbehaltforderung (Garagenmieter in M.) setzt sich der Beschwerdeführer mit den Erwägungen der Vorinstanz (dass der Beschwerdeführer es unterlassen habe, genauer darzutun, bis wann über die vom Garagenmieter geltend gemachte Forderung Ungewissheit geherrscht habe; vgl. KG act. 2, S. 29 unten) überhaupt nicht auseinander und hält dieser Begründung einzig entgegen, der Rückbehalt sei nie beanstandet worden (KG act. 1, S. 12, erster Absatz a.E.). Darauf ist nicht weiter einzugehen. Soweit der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Rückbehaltforderung sodann geltend macht, dieser Rückbehalt sei nie beanstandet worden und deshalb könne kein Verzug angenommen werden (KG act. 1, S. 12, lit. c, unten), handelt es sich um eine materielle rechtliche Frage, welche mit zivilrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht vorzubringen wäre. 6.1 Der Beschwerdeführer

beanstandet schliesslich auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen der Vorinstanzen. Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der

- 21 - Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). 6.2 Die Vorinstanz verwies zu den erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen auf die zutreffende Erwägung des Bezirksgerichts E., wonach sich die Kostenfolgen bezüglich des gegenstandslos gewordenen Teils nach § 65 Abs. 1 ZPO, d.h. nach Ermessen des Gerichts, und bezüglich des Restbetrages von Fr. 62'674.10 nach § 64 Abs. 2 ZPO richteten. Der Beschwerdeführer unterliege letztlich nach wie vor bezüglich Rechtsbegehren 1 und des noch strittigen Teils des Rechtsbegehrens 2 im Gesamtbetrag von Fr. 62'674.80 und die diesbezüglichen Kosten seien ihm vollumfänglich aufzuerlegen. Weiter habe die erste Instanz korrekt festgehalten, dass der Beschwerdeführer durch seine kurz nach Eingang der Klage erfolgte Zahlung die Gegenstandslosigkeit bezüglich Fr. 93'079.30 zu vertreten habe. Da sich die Parteien im März 1993 betreffend Erbteilung sogar verglichen hätten und die Liegenschaften bereits früher veräussert worden seien, wäre eine entsprechende Zahlung vor Einleitung des vorliegenden Verfahrens beim Bezirksgericht N. im Juli 1993 jedenfalls möglich gewesen; die erstinstanzliche Kostenfestsetzung und Kostenaufgabe sei somit zu bestätigen (KG act. 2, S. 35 f.). 6.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung – und damit auch die Bestätigung der Regelung durch das Obergericht – sei willkürlich. Selbst wenn man davon ausgehe, dass der zugesprochene Betrag von Fr. 62'674.80 zutreffend sei, so sei doch festzuhalten, dass er als Willensvollstrecker die Rückstellung des (gerundeten) Betrages von Fr. 21'000.-- immer als Erbengeld betrachtet habe und somit nur im Umfang von Fr. 41'000.-- unterliege. Es wird nicht klar, was der Beschwerdeführer aus dem Argument, er habe den Rückstellungsbetrag von (gerundet) Fr. 21'000.-- stets als Erbengeld betrachtet, zu seinen Gunsten bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen ableiten

- 22 - will. Dass er den Betrag bereits ausbezahlt hätte, macht er nicht geltend. Seine Beanstandungen bezüglich Fälligkeit der Forderung (vgl. vorstehend Erwägung 5) sind im Beschwerdeverfahren nicht zu hören. Auch eine Klageanerkennung des Beschwerdeführers liegt offenbar nicht vor, wobei er in diesem Fall bei (in casu: teilweiser) Anerkennung der Forderung bzw. bei (teilweiser) Erfüllung des Klagebegehrens nach Einleitung des Verfahrens insofern ebenfalls als unterliegende und somit kostenpflichtige Partei zu betrachten wäre (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO). Es bleibt dabei, dass er in Disp.-Ziff. 1 des angefochtenen Urteils zur Bezahlung dieser Summe gemäss dem Rechtsbegehren 2 der Beschwerdegegner verpflichtet worden ist und somit in diesem Umfang unterliegt. Eine Verletzung von klarem materiellem Recht liegt nicht vor. 6.4 Weiter führt der Beschwerdeführer aus, bezüglich dem Betrag von Fr. 93'079.30 verweise die Vorinstanz auf die Erwägungen des Bezirksgerichts. Dieses habe im Teilentscheid vom 21. Juli 1995 festgestellt, der Beschwerdeführer habe die Klage im Umfang von Fr. 132'788.55 anerkannt, dahingegen habe das Obergericht im Rekursentscheid vom 27.

Februar 1996 von der Gegenstandslosigkeit der Klage im Umfang von Fr. 93'079.30 Vormerk genommen. Die Vorinstanz sei davon ausgegangen, der Beschwerdeführer habe die Gegenstandslosigkeit zu vertreten, da eine frühere Zahlung "jedenfalls möglich gewesen" sei. Das Bezirksgericht habe sich widersprüchlich geäußert und habe im Entscheid act. 88 S. 23 festgehalten, dass die "Vorbringen des Beklagten in dieser Hinsicht jedenfalls nicht" "von der Hand zu weisen" seien; im Widerspruch dazu sei ohne Begründung erkannt worden, es scheine bezüglich der Zahlung von Fr. 93'079.30 als angemessen, die Entschädigung zu reduzieren. Nun solle der Beschwerdeführer offenbar die ganzen Kosten der Gegenstandslosigkeit zu vertreten haben und entschädigungspflichtig sein. Dies sei willkürlich und verletze klares materielles Recht, zumal der Beschwerdeführer wie zuvor ausgeführt werden mit Teil- noch mit Schlusszahlungen gegenüber den Beschwerdegegnern in Verzug gewesen sei. Zum Ganzen werde auf die Ausführungen in der Kassationsbeschwerde vom 19. Januar 2004 verwiesen (KG act. 1, S. 13 f.).

- 23 - Soweit der Beschwerdeführer auf seine Ausführungen in einer früheren Nichtigkeitsbeschwerde verweist, kann darauf nicht weiter eingegangen werden. Wie bereits ausgeführt wurde, genügt der blosser Verweis auf frühere Vorbringen zur Begründung der Beschwerde und zum Nachweis der Nichtigkeitsgründe nicht (vgl. oben Erw. 5.3). Sodann wird nicht klar, wie der Beschwerdeführer dazu kommt anzunehmen, nun solle er – entgegen früherer Feststellungen – offenbar die gesamten Kosten der Gegenstandslosigkeit zu vertreten haben und dafür entschädigungspflichtig werden (vgl. KG act. 1, S. 13 unten). Zwar hat die Vorinstanz ausgeführt, die erste Instanz habe korrekt erwogen, dass der Beschwerdeführer durch seine kurz nach Eingang der Klage erfolgte Zahlung die Gegenstandslosigkeit zu vertreten habe, und dass nach der Einigung der Parteien im März 1993 betreffend Erbteilung und der bereits früher erfolgten Veräusserung der Liegenschaften eine entsprechende Zahlung vor Einleitung des Verfahrens im Juli 1993 jedenfalls möglich gewesen wäre (KG act. 2, S. 36). Gleichwohl hat die Vorinstanz hernach die Kostenfestsetzung und Kostenaufgabe des Bezirksgerichts bestätigt. Dieses hatte jedoch in seinem Entscheid berücksichtigt, dass die Abwicklung eines komplexen Nachlasses länger dauern könne, dass zwischen dem Beschwerdeführer und den Beschwerdegegnern kein gutes Einvernehmen geherrscht habe und strittig gewesen sei, ob sich der beschwerdegegnerische Rechtsvertreter Befugnisse des Willensvollstreckers angemessen und unnütze Verrichtungen vorgenommen habe, sowie dass nach den Akten die Beschwerdegegner unbestritten eigene Aktivitäten zur Nachlassliquidation entfaltet hätten, welche die Nachlassliquidation eher verzögert als gefördert hätten. Das Bezirksgericht erachtete es gestützt darauf als angemessen, bezüglich der Zahlung von Fr. 93'079.30 die Entschädigung zu reduzieren. Infolgedessen wurden dem Beschwerdeführer von der insgesamt erhobenen Gerichtsgebühr von Fr. 8'000.-- nur 5/6 auferlegt, 1/6 wurde den Beschwerdegegnern auferlegt; entsprechend wurde die vom Beschwerdeführer zu bezahlende Prozessentschädigung an die Beschwerdegegner um 2/6 (= 1/3) reduziert (OG act. 132, S. 20). Durch die Bestätigung dieser Kosten- und Entschädigungsregelung durch die Vorinstanz kann jedoch keine Rede davon sein, diese gehe davon aus, der Beschwerdeführer habe nun die gesamten Kosten der Ge-

- 24 - gegenstandslosigkeit zu vertreten. Vielmehr hat die Vorinstanz damit die Regelung der ersten Instanz übernommen, wonach er für den gegenstandslos gewordenen Teil der Forderung in der Höhe von Fr. 93'079.30 nicht einmal zu $\frac{3}{4}$ kosten- und

entschädigungspflichtig erklärt wurde (Gesamtstreitwert: Fr. 155'753.--, der Beschwerdeführer wurde gesamthaft zu 5/6 kosten- und entschädigungspflichtig erklärt [d.h. bei Fr. 8'000.-- Gerichtsgebühr ein Betrag von Fr. 6'667.--]; Fr. 62'674.-- entspricht ca. 2/5 der Gesamtsumme: diesbezüglich wurde der Beschwerdeführer vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig [d.h. Gerichtsgebühr von Fr. 3'200.-- = 2/5 von Fr. 8'000.--]; damit entfällt für den Beschwerdeführer auf die verbleibenden 3/5 bzw. Fr. 93'079.-- eine Kostenpflicht von Fr. 3'467.--, was nicht einmal $\frac{3}{4}$ der auf Fr. 93'079.-- entfallenden Gerichtsgebühr von Fr. 4'800.-- entspricht). Inwiefern der Beschwerdeführer nun "die gesamten Kosten wegen der Gegenstandslosigkeit zu vertreten" habe, wird nicht ersichtlich. Ferner legt der Beschwerdeführer nicht dar, inwiefern die Regelung der Vorinstanzen zu seinen Ungunsten klares materielles Recht verletzen sollte. § 65 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass bei Gegenstandslosigkeit das Gericht nach Ermessen über die Kostenfolgen entscheidet. Gemäss ständiger Rechtsprechung ist dabei in Betracht zu ziehen, wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat, welche Partei vermutlich obsiegt hätte, oder welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 1 zu § 65 ZPO). Nach diesen Kriterien hätte sich ohne Verletzung von klarem materiellem Recht auch eine vollumfängliche Kostenaufgabe an den Beschwerdeführer rechtfertigen lassen, nachdem er (zu- mindest) die Gegenstandslosigkeit durch die Bezahlung der Teilforderung kurz nach Eingang der Klage veranlasst hatte. Einen Nichtigkeitsgrund kann der Beschwerdeführer jedenfalls nicht nachweisen.

E. 7

Zuletzt beanstandet der Beschwerdeführer auch die Kosten- und Entschädigungsregelung des Berufungsverfahrens.

E. 7.1

Der Beschwerdeführer rügt bezüglich der Kostenaufgabe, die Vorinstanz sei aktenwidrig davon ausgegangen, dass "letztlich nur noch Fr. 62'674.80" streitig gewesen seien. Zwar ergebe sich dieser Betrag, wenn man die den Beschwerdegegnern zugesprochenen Beträge addiere. Er habe aber immer er-

- 25 - wähnt, dass der zurückbehaltene Betrag von gerundet Fr. 21'000.-- den Erben V. B.s zustehe, weshalb lediglich Fr. 41'000.-- streitig gewesen seien. Zudem könne mindestens ein Drittel des den Beschwerdegegnern zugesprochenen Betrages von Fr. 54'199.80 nicht Prozessthema sein, da wie erwähnt X. B. nicht Prozesspartei gewesen sei. Der Streitwert von Fr. 62'000.-- sei deshalb um Fr. 21'000.-- und hernach um Fr. 18'000.-- zu reduzieren und betrage noch Fr. 23'000.--; dazu sei der von den Beschwerdegegnern geltend gemachte Betrag von Fr. 45'000.-- zu addieren. Daraus folge, dass die Beschwerdegegner im Berufungsverfahren zu zwei Dritteln, der Beschwerdeführer hingegen nur zu einem Drittel unterliegen (KG act. 1, S. 14). Wie bereits ausgeführt wurde, kann es für die Frage des Obsiegens oder Unterliegens keine Rolle spielen, dass der Beschwerdeführer ausführt, er habe den zurückbehaltenen Betrag von gerundet Fr. 21'000.-- immer als den Erben B. zustehend bezeichnet (vgl. dazu die vorstehende Erwägung 6.3). Dieser Betrag wurde von den Beschwerdegegnern als Teil der Gesamtsumme (von im Berufungsverfahren noch Fr. 62'674.80) gefordert und der Beschwerdeführer wurde mit Disp.-Ziff. 2 des angefochtenen Urteils zur Bezahlung dieses Betrages verpflichtet. Die weitere Begründung des Beschwerdeführers, ein Drittel von Fr. 54'199.80 liege nicht im Streit, weil X. B. nicht Prozesspartei sei, erscheint absurd. Selbst wenn X. B. die Aktivlegitimation abzuspochen

wäre (was vorliegend nicht weiter zu prüfen ist, vgl. dazu die obige Erw. 2a), änderte dies nichts daran, dass dieser Betrag von den Beschwerdegegnern eingeklagt wurde. Allenfalls wäre bei einer Verneinung der Aktivlegitimation von X. B. der Beschwerdeführer in diesem Umfang nicht unterliegend, was er allerdings nicht geltend macht. Eine Verletzung von klarem materiellem Recht liegt jedenfalls nicht vor, soweit die Vorinstanz davon ausgeht, im Berufungsverfahren seien Fr. 62'674.80 strittig gewesen.

E. 7.2

Zu den von der Vorinstanz im Berufungsverfahren festgelegten Entschädigungsfolgen macht der Beschwerdeführer geltend, die Feststellung der Vorinstanz, wonach er sich eines Antrags zum Genugtuungsbegehren der Beschwerdegegner im Berufungsverfahren enthalten habe, sei aktenwidrig bzw. willkürlich.

- 26 - In der Berufungsreplik habe er präzise zur Forderung der Beschwerdegegner (welche zur Begründung der Genugtuungsforderung lediglich angeführt hätten, sie hätte eine solche "praxisgemäss" zugute) Stellung genommen und erwähnt, dass auf Grund des Haftungsgesetzes vorzugehen sei (OG act. 149 S. 2: "Zu Ziff. 1" [gemeint: der Begründung der Beschwerdegegner]), womit sinngemäss die Abweisung des beschwerdegegnerischen Begehrens verlangt worden sei. Da der Weg der Beschwerdegegner falsch gewesen sei, habe es keiner weiteren Ausführungen als des Hinweises auf das richtige Vorgehen bedurft. Zudem habe er auch zu Ziff. 9 von OG act. 143 Stellung genommen, nämlich in OG act. 149 Seite 4 (KG act. 1, S. 14 f.). Die Frage des Obsiegens bzw. Unterliegens in einem Rechtsstreit bestimmt sich nach den Anträgen zur Sache. Im vorinstanzlichen Berufungsverfahren stellten die Beschwerdegegner anlässlich der Einreichung der Berufungsantwort den (neuen) Antrag, es sei festzustellen, dass das Beschleunigungsgebot gemäss § 53 ZPO und Art. 6 Ziff. 1 EMRK in krasser Weise verletzt sei und es sei den Appellaten zulasten der Staatskasse eine Genugtuung von je Fr. 15'000.--, insgesamt Fr. 45'000.-- zuzusprechen (OG act. 143, Antrag Ziff. 2, S. 1). Zur Begründung führten die Beschwerdegegner an, der Prozess (um die Herausgabe von Geldern aus dem Nachlass von V. B.) dauere nunmehr 13 ½ Jahre und die Vorinstanz habe bereits vor rund 6 Jahren mit Beschluss festgestellt, dass das Beschleunigungsgebot verletzt sei. Praxisgemäss hätten die Beschwerdegegner vom Staatswesen, welches Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt habe, eine Genugtuung zugut (OG act. 143, Ziff. 1, S. 2). Der Beschwerdeführer stellte in seiner Berufungsreplik (OG act. 149) keinen formellen Antrag. Er führte lediglich "zu Ziff. 1" [der Berufungsantwort] aus, Vorwürfe an den Willensvollstrecker entbehrten jeder Grundlage und insbesondere habe er die überlange Prozessdauer nicht zu vertreten. Wie mehrfach erwähnt, hätte die erste Instanz nach Durchführung des Schriftwechselns eine Referentenaudienz abhalten müssen und mit der Klägerschaft [den Beschwerdegegnern] sei in diesem Punkt festzuhalten, dass "das staatliche <<Konfliktlösungsmanagement >> selbst den involvierten Organen sehr zu denken geben müsste". Die Kläger und auch der Beklagte seien jedoch zu gegebener Zeit gehalten, gestützt auf das Haftungsgesetz vorzugehen, wobei sich auch die

- 27 - Frage stelle, ob neben den Parteiinteressen auch der Staat durch seine Organe geschädigt worden sei (OG act. 149, S. 2). Es verletzt vorliegend kein klares materielles Recht, wenn die Vorinstanz den Beschwerdeführer im Berufungsverfahren hinsichtlich dem beschwerdegegnerischen Antrag auf Feststellung der Verletzung des Beschleunigungsgebotes und auf Zusprechung einer Genugtuung nicht als obsiegend angesehen hat, nachdem dieser einerseits keinen formellen Antrag stellte und andererseits

in seinen Ausführungen zum beschwerdegegnerischen Antrag dermassen vage geblieben ist. Die Vorinstanz konnte ohne Verletzung von klarem materiellem Recht davon ausgehen, der Beschwerdeführer habe auch nicht sinngemäss den Antrag auf Abweisung des Begehrens gestellt. Dies gilt umso mehr, als er offensichtlich mit den Beschwerdegegnern der Ansicht ist, dass das Beschleunigungsgebot durch die Vorinstanzen verletzt worden sei. Was der Beschwerdeführer ferner mit seinem Hinweis auf seine "Stellungnahme" zu Ziff. 9 der Beschwerdegegner (OG act. 143, S. 8: wegen des Rügeprinzips sei man gezwungen, die Genugtuung zulasten der Staatskasse geltend zu machen, nachdem eine krasse Verletzung des Beschleunigungsgebotes vorliege) bezwecken will, bleibt unklar. Er führte dort (OG act. 149, S. 4) lediglich aus, die Argumentation der Beschwerdegegner sei peinlich und beschämend; "im Übrigen: iura novit curia". Der Hinweis "iura novit curia" deutet – im Gegensatz zur Argumentation des Beschwerdeführers – vielmehr gerade darauf hin, dass er sich einer eigenen Stellungnahme zur sich stellenden Frage enthalten wollte. Dadurch, dass dem Beschwerdeführer für das Berufungsverfahren hinsichtlich dem gegnerischen Antrag auf Zusprechung einer Genugtuung keine Prozessentschädigung zugesprochen wurde, hat die Vorinstanz jedenfalls kein klares materielles Recht verletzt.

E. 8

Zusammenfassend ist daher die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

- 28 - III. Ausgangsgemäss wird im vorliegenden Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführer kosten- und (soweit sich die Beschwerdegegner zur Beschwerde vernehmen liessen) entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO). Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.